

# PROPUESTA PARA UNA PLENA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES FRENTE AL LEGISLADOR\*

## BACKING A FULL JUSTICIABILITY OF SOCIAL RIGHTS AGAINST LEGISLATURES

GIOVANNI BISOGNI  
*Università di Salerno*

Fecha de recepción: 28-12-15

Fecha de aceptación: 8-3-16

**Resumen:** *Este ensayo pretende proporcionar argumentos iusteóricos que permitan ampliar la justiciabilidad de los derechos sociales con respecto al legislador: en concreto, en el caso de omisiones totales y, sobre todo, de recortes presupuestarios generalizados en el Estado social. En primer lugar, ilustraremos los presupuestos histórico-conceptuales de la tesis según la cual las violaciones legislativas de estos derechos solo son controlables parcialmente por los jueces. En segundo lugar, nos ocuparemos de los argumentos contrarios más comunes a la justiciabilidad de los derechos sociales y, específicamente, de una cierta concepción de la separación de poderes, en nombre de la cual una plena garantía jurisdiccional de los derechos sociales llevaría inexorablemente a los jueces a sustituir al legislador. La crítica de esta concepción permitirá, por último, reconstruir de manera diferente las obligaciones legislativas en materia de justicia social y proponer instrumentos procesales concretos para su protección, sin transformar por ello a los jueces en órganos de decisión colectiva.*

**Abstract:** *The article aims to present legal theoretical arguments in favour of the judicial protection of social rights (the s.c. justiciability) in cases of legislative 'omisiones totales' and spending cuts. The first step consists of showing the historical-conceptual reasons as to why legislative violations of these social rights can be only partially controlled by judges. The second step will deal with*

---

\* Traducción del italiano de Mónica Granell. *Nota del Editor:* Se han mantenido las referencias a las traducciones italianas. En los casos en los que el autor ha manejado traducciones al italiano en obras extranjeras se han mantenido las referencias, aportando la traducción en castellano en el caso en el que existiera.

*the most common arguments against the justiciability of social rights and, in particular, on a certain conception of separation of powers, according to which judges' subjecting to scrutiny social rights would take on legislative powers. Through a deep critique of this conception it will be offered an alternative account of the duties that constitutions impose on legislatures in the field of social rights: accordingly, it will be possible to suggest concrete judicial remedies for the protection of social rights without transforming judges in political organs of collective decisions (legislative-like).*

**Palabras clave:** Teoría del Derecho, derechos sociales, justiciabilidad, separación de poderes

**Keywords:** Theory of Law, social rights, justiciability, separation of powers

## INTRODUCCIÓN

La finalidad de esta contribución consiste en proporcionar argumentos iusteóricos que permitan ampliar el nivel de tutela jurisdiccional de los derechos sociales con respecto al legislador, en todos aquellos ordenamientos jurídicos nacionales donde esos derechos estén constitucionalmente reconocidos (de manera explícita o implícita)<sup>1</sup>.

Hemos dicho ‘ampliar’, y no ‘elaborar *ex nihilo*’, a propósito. Como se verá mejor posteriormente, desde un punto de vista conceptual, no falta mucho para una plena equiparación entre los derechos civiles ‘tradicionales’ y los derechos sociales. De hecho, tomando prestada la distinción ferrajoliana entre “lagunas” y “antinomias”<sup>2</sup>, la posición de las más importantes jurisprudencias nacionales es la siguiente<sup>3</sup>: por lo general, las “antinomias” son censurables ante los jueces cuando adoptan la forma de leyes que o suprimen completamente un derecho social, mediante la abrogación de leyes preceden-

<sup>1</sup> Una puntualización. Es bien sabido que los derechos sociales constituyen una categoría bastante amplia y, desgraciadamente, también heterogénea; por lo tanto, este texto se limitará exclusivamente a aquellos derechos para los cuales la etiqueta de “derecho social” es indiscutible: derecho a la salud entendido como derecho a ser tratado por parte del Estado; derecho a la educación entendido como derecho a escuelas y a instituciones universitarias estatales; derecho a la pensión de vejez y de invalidez erogadas por el Estado.

<sup>2</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 684-694.

<sup>3</sup> Para este cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos sociales frente al legislador, cfr. el valioso informe de C. COURTIS (ed.), *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative experiences of justiciability*, International Commission of Jurists, Geneva, 2008.

tes que lo garantizaban –y se trata, la verdad sea dicha, de una hipótesis más bien remota–, o comprimen (o no reconocen) un derecho social *injustamente a una cierta categoría de beneficiarios*, violando uno de los parámetros más importantes del control de conformidad constitucional de una ley, es decir, el principio de igualdad. La misma posición, en cambio, se mantiene por lo general al considerar irremediables, o poco remediables, las “lagunas” –de las cuales solo puede encargarse el legislador– y, sobre todo, algunas formas de “antinomia” que violan los derechos sociales de manera sutil, actuando no sobre sus elementos constitutivos, sino sobre los medios para poderlos asegurar. Nos referimos, en concreto, a la praxis de la desinversión –a través de la decisiones presupuestarias– del Estado social, que no incide *directamente* sobre la esfera jurídica de los titulares –los cuales, por este motivo, no sufren una negación formal de los derechos sociales–, pero reduce drásticamente los recursos públicos disponibles en perjuicio de todos.

A lo largo de la exposición se ilustrarán las razones que han llevado a la formación de esta especie de ‘zona franca’ de la jurisdicción. Si aquí la hemos descrito someramente, es solo por precisar el objetivo de este artículo: proponer interpretaciones del derecho positivo vigente y sugerir reformas del mismo propensas a anular esta especie de ‘inmunidad’ de la que goza el legislador, otorgando a la jurisdicción el poder de atribuir, *concreta aunque indirectamente*, a su titular el bien objeto de los derechos sociales y de hacer que el legislador respete los derechos sociales.

Está claro que la perspectiva aquí adoptada se limita al nivel estatal, pero no por prever que a nivel internacional fuera más difícil, si no imposible, garantizar los derechos sociales a causa de la falta de instituciones supranacionales provistas de capacidad coactiva. Al contrario, estamos convencidos de que una mejora en ese sentido es posible si se refuerza la tutela de estos derechos en la dimensión nacional, y por más de una razón.

En primer lugar, por lo que respecta a los derechos sociales, es innegable que el derecho internacional ha sido ampliamente tributario de los derechos estatales y se ha mostrado gradualmente más sensible a este argumento a raíz de la presión de un conjunto de Estados (viejos y nuevos) movidos por una concepción ya no estrictamente liberal de los poderes públicos<sup>4</sup>. En con-

---

<sup>4</sup> Cfr. la reconstrucción histórica ofrecida por E. RIEDEL, G. GIACCA, C. GOLAY, “The Development of Economic, Social, and Cultural Rights in International Law” en *Id.* (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law. Contemporary Issues and Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 3-49.

secuencia –y en segundo lugar–, no es casualidad que muchos de los instrumentos internacionales concernientes a los derechos sociales remitan a diferentes Estados para determinar las modalidades de configuración y actuación de los mismos, con plena conciencia de su naturaleza –como se diría hoy– ‘glocal’<sup>5</sup>. Por último, tomando en consideración una Europa ya orientada a restringir estos derechos en nombre de la ‘austeridad’, es razonable mantener que una renovada tutela a nivel estatal pueda revelarse útil no solo por oponerse a los *diktat* de Bruselas, sino también por fijar las premisas dirigidas a una transformación del europeísmo en un sentido más solidario<sup>6</sup>.

Por comodidad expositiva, el contexto nacional aquí asumido en referencia es el italiano, pero –como hemos precisado con anterioridad– la perspectiva pretende ser iusteórica, no constitucionalista. La experiencia jurídica italiana, de hecho, puede considerarse ampliamente representativa de un problema, con todo el léxico que gira a su alrededor –en este caso, el relativo a la justiciabilidad de los derechos sociales con respecto al legislador–, que no es específico de esta experiencia, pero que seguramente es común a todos esos países en los que el Estado social tiene un indiscutido arraigo constitucional y una historia aplicada de larga duración.

La argumentación se articulará en tres secciones. En primer lugar (apartado 1), se ilustrarán los motivos –esencialmente históricos– que llevan a la ampliación de la tutela jurisdiccional de los derechos sociales. De ese modo, será posible arrojar luz sobre los presupuestos histórico-conceptuales que han dado origen a la tesis según la cual las violaciones legislativas de los derechos sociales solo son parcialmente controlables por parte del juez.

A continuación (apartado 2), nos ocuparemos de los argumentos más comunes contrarios a la justiciabilidad de estos derechos con respecto al legislador. En concreto, se centrará la atención en lo que puede ser considerado el obstáculo más importante en ese sentido, es decir, una cierta concepción de la separación de poderes, en nombre de la cual una plena garantía jurisdiccional de los derechos sociales llevaría inexorablemente a que los jueces prevalecieran sobre el legislador, erigiéndose en órgano auténticamente político como este último, pero sin la correspondiente representatividad democrática directa.

---

<sup>5</sup> Comenzando con el principal tratado internacional sobre el tema de los derechos sociales, es decir, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en 1966 y que entró en vigor en 1976.

<sup>6</sup> Come presagia J. Habermas: cfr. J. HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, trad. de L. Ceppa, Laterza, Roma-Bari, 2013.

La crítica de esta concepción permitirá reconstruir, por último (apartado 3), de manera diferente, las obligaciones del Estado en materia de justicia social y localizar instrumentos concretos a disposición de los jueces para poder proteger los derechos sociales, sin transformarse por esto en órganos de decisión colectiva, en competencia con las instituciones democráticamente elegidas.

I. Desde un cierto punto de vista se podría afirmar que es justo que la tutela de los derechos sociales ofrecida a los jueces sea parcial. Es el punto de vista del sentido común: sería anómalo que los hospitales, las escuelas, las pensiones fueran dispuestas por las sentencias de los jueces en lugar de por las leyes.

En efecto, es necesario admitir que, desde un punto de vista estrictamente histórico y aún antes de preguntarse si jurídicamente corresponde al juez aplicar los derechos sociales, han sido los legisladores los auténticos protagonistas de su aplicación. Como es bien sabido, en Italia –pero no solo en Italia–, las tres décadas que van desde los años cincuenta a los años setenta han conocido un extraordinario crecimiento económico global, que ha puesto a disposición los recursos financieros necesarios para aumentar el gasto social y ha contribuido con intensidad a la mejora del nivel de vida en los países desarrollados<sup>7</sup>.

Téngase en cuenta, entonces, que la cultura institucional media que inauguró la Constitución italiana en 1948 se vio afectada por una visión –por así decirlo– ‘estrábica’ de la relación entre la Parte I, dedicada a los “Derechos y deberes de los ciudadanos”, y la Parte II, concerniente al “Ordenamiento de la República”. La primera se atribuiría al tipo de constituciones del siglo XX –llenas de disposiciones de principio y normas programáticas, ambas dirigidas a la formación de un orden político-social a lograr en el futuro–; la segunda, sin embargo, parece hacerse eco de las constituciones del siglo XIX –con la centralidad legislador democráticamente elegido y una tendencial subordinación del juez a este último<sup>8</sup>.

Este ‘estrabismo’ es particularmente evidente en relación con los derechos sociales. A diferencia de los derechos “tradicionales” de libertad, habrían tenido suficientemente en cuenta su impacto en la organización de los poderes y, en concreto, en la fisonomía de la jurisdicción: no solo de la jurisdicción común –que sigue estando vinculada al modelo organizativo y funcional del siglo XIX–, sino

<sup>7</sup> Cfr. el clásico G. A. RITTER, *Storia dello Stato sociale*, trad. de L. Gaeta y P. Carnevale, Laterza, Roma-Bari, 2011; más recientemente F. CONTI, G. SILEI, *Breve storia dello Stato sociale*, Carocci, Roma, 2006.

<sup>8</sup> Cfr. para todos M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Il Mulino, Bologna, 1998.

sobre todo de la constitucional, que tarde o temprano tendría que tener en cuenta las promesas de renovación social y económica incluidas en la Constitución. Sin embargo, con un poder legislativo condicionado de hecho por partidos de masas fuertes y arraigados, muy sensibles a esas promesas (en particular, pero no exclusivamente, los partidos políticos de la izquierda) y, por lo tanto, consciente y voluntariamente dispuestos a ponerlas en práctica, es comprensible por qué este “estrabismo” ha sido un problema no tanto de coherencia institucional entre los objetivos perseguidos y los poderes públicos competentes para ponerlos en práctica, sino más bien de carácter político: negociar tiempos y formas de aplicación legislativa y administrativa de los derechos sociales<sup>9</sup>. De ahí la idea de que le corresponde esencialmente al legislador la implementación de estos derechos, mientras que al juez (no solo, sino también constitucional) le compete un papel subsidiario, es decir, suprimir una aplicación de los mismos contraria al principio de igualdad o su supresión subrepticia.

A esto hay que añadir –como concausa, pero también como efecto de esta percepción– una cultura de los juristas que se ha tomado su tiempo para desarrollar jurídicamente el principio del Estado social de derecho. Un iuspositivismo más bien reactivo a los juicios de valor –como los requeridos por la aplicación de los derechos sociales–, junto con una orientación jurídico-política predominantemente liberal –y, por lo tanto, no bien dispuesta hacia la solidaridad social<sup>10</sup>–, condujeron a una fuerte subestimación de las novedades teóricas y prácticas introducidas por el *Welfare State* que, en el mejor de los casos, se ha leído en clave ‘objetivista’<sup>11</sup> y, en cualquier caso, se ha ‘descubierto’ teóricamente más bien tarde<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Cfr., entre otros, V. ARMANDO, *Il Welfare oltre lo Stato. Profili di storia dello Stato sociale in Italia, tra istituzioni e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2015.

<sup>10</sup> Es emblemática, en este sentido, la famosa crítica de Nicola Matteucci al positivismo jurídico como concepción teórica incapaz de comprender las razones del constitucionalismo (N. MATTEUCCI, “Positivismo giuridico e costituzionalismo”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, núm. 17, 1963, pp. 985-1098). De manera más general, sobre la relación entre Constitución italiana y cultura jurídica, cfr. L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

<sup>11</sup> Cfr. G. BONGIOVANNI, “Diritti dallo ‘statuto’ difficile. Aspetti del dibattito italiano sui diritti sociali nel secondo dopoguerra”, *Scienza & politica*, núm. 13, 2001, pp. 75-99, además de S. RODOTÀ, “I diritti sociali” en P. GROSSI (ed.), *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Giuffrè, Milán, 1997, pp. 61-74.

<sup>12</sup> Es un claro testimonio el giro denominado funcionalista del pensamiento iusfilosófico de Norberto Bobbio, madurado en los años setenta: cfr. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milán, 1976.

Estas son, en pocas palabras, las razones de lo que previamente ha sido definido como una “zona franca” de la legislación por la jurisdicción. La hipótesis de un legislador inerte, si no hostil a los derechos sociales, no se descartaba, pero tampoco se incluía realmente en el orden del día; el desarrollo económico parecía no tener contracciones, permitiendo la afluencia de los medios financieros indispensables para su implementación; la solidaridad constituía patrimonio indiscutible de casi todos los partidos políticos... Si, además, a esto se le añade una cultura jurídica que no veía en el Estado social una prioridad de su propia agenda de discusión, entendemos la *communis opinio* según la cual los jueces deberían adaptarse simplemente a la centralidad que, de hecho, pero no necesariamente de derecho, tenía el legislador desde este punto de vista.

Hoy en día, sin embargo, todo esto representa el pasado.

Es sabido cuán abiertamente hostil a los derechos sociales es el paradigma político-institucional dominante, el neoliberalismo. La crisis del Estado fiscal junto con el declive del denominado fordismo han hecho mella en la capacidad y la eficiencia del Estado social. Incluso los partidos, sobre todo después de la caída del muro de Berlín, parecen haber cambiado su propia agenda en este sentido, también bajo la presión de una concepción del euro-peísmo mucho más economicista que solidaria. El alcance normativo de la Constitución en materia de derechos sociales, por lo tanto, está seriamente amenazado, y los tiempos parecen propicios para que los juristas puedan llenar este déficit político, contribuyendo a la tutela de la normatividad constitucional.

Desde este punto de vista, sin embargo, no se puede dejar de señalar que el debate iusfilosófico actual es un poco deficitario. De hecho, a pesar de que el iuspositivismo se vea hoy obligado a estar la defensiva, todavía hay quien niega la justiciabilidad de los derechos sociales<sup>13</sup>. Con el denominado neo-constitucionalismo<sup>14</sup>, la teoría legal ha llegado por fin tener en cuenta las cartas constitucionales del siglo XX y, en concreto, los derechos y los principios en ella promulgados, pero a menudo se echa en falta una atención *específica* a los derechos sociales, y que si existe está muy condicionada por las

<sup>13</sup> Cfr., a modo de ejemplo, R. GUASTINI, “Diritti” en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (eds.), *Analisi e diritto* 1994. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Turín, 1994, pp. 163-174.

<sup>14</sup> Para el concepto de ‘neo-constitucionalismo’ cfr., para todos, S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Turín, 2001.

diferentes experiencias nacionales<sup>15</sup>. Entonces, a veces, tenemos la impresión de abrir un debate altamente ideologizado, un debate condicionado por una concepción normativa preestablecida acerca de los deberes del Estado con sus ciudadanos y poco propensa a una franca consideración de la realidad social y económica actual que, en virtud de su acelerado desarrollo, ya no puede permitirse calificar las instancias –como, por ejemplo, la salud– como algo pospuesto a la tradicional hendiadis *liberty and property*<sup>16</sup>.

No obstante, hay otro aspecto en que se debe hacer hincapié. Es cierto que el clima cultural y político no es particularmente favorable a los derechos sociales, pero debe reiterarse con mucha claridad que no es necesario en absoluto volverlos a discutir de raíz, como si fuera necesario preguntarse cómo y cuánto positivizarlos. *Ya existen* y, a menos que se quiera abrazar la antigua tesis según la cual serían objeto de meras normas programáticas, deben tomarse en serio: si la realidad política no se ajusta a la normatividad constitucional, no es esta última la que debe sucumbir, y recae sobre todo en los juristas el deber de salvaguardar la primera a través de una renovación de su enfoque sobre los derechos sociales, que durante mucho tiempo se ha desplegado sobre la vitalidad de los partidos políticos y no ha sentido la necesidad de una tutela jurisdiccional plena de los mismos.

Por ello, la propuesta que aquí se presenta no pretende tener nada de revolucionaria. Como veremos en el siguiente apartado, se ha avanzado mucho en la dirección de una consideración teórica unitaria de los derechos fundamentales, independientemente de su naturaleza negativa o po-

---

<sup>15</sup> Un ejemplo es la teoría de Alexy que, como cambio general, reflexiona sobre el contexto constitucional alemán, que, como es sabido, ha formalizado los derechos sociales no en la *Grundgesetz*, sino en las constituciones de los diferentes *Länder* (cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. de L. Di Carlo, Il Mulino, Bolonia, 2012).

<sup>16</sup> El pensamiento aparece, evidentemente, en la obra de Dworkin, en la que –como es sabido– los derechos sociales se reducen a *policies* (cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. de F. Oriana, Il Mulino, Bolonia, 1982), lo que puede entenderse –pero no justificarse, como señala J. WALDRON, “Constitutionalism: A Skeptical View”, *NYU School of Law, Public Law Research Papers*, núm. 10-87, 2012, disponible en la siguiente dirección: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1722771](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1722771)– a la luz de la tradición constitucionalista norteamericana, que se basa firmemente en los derechos civiles ‘tradicionales’. Para una revisión de la bibliografía iusteórica en lengua inglesa en materia de derechos (no solo, pero también) sociales, cfr. B. CELANO, “I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz” en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (eds.), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Turín, 2001, pp. 1-58; y, por último, S. ZULLO, *La dimensione normativa dei diritti sociali. Aspetti filosofico-giuridici*, Giappichelli, Turín, 2013.



sitiva. Es necesario, por tanto, sacar las conclusiones de esta consideración incluso en el plano de la organización de los poderes y, en particular, de la jurisdicción. En otras palabras, y parafraseando a Norberto Bobbio<sup>17</sup>, el problema que hay que resolver *hoy en día* no se refiere al fundamento de los derechos sociales, sino a su garantía. Si fuera necesario ocuparse del fundamento, solo lo sería porque ha sido puesto en tela de juicio por un neoliberalismo que tiene el objetivo de hacer de los derechos sociales una variable dependiente de la economía. Un reto que debe ser rechazado en la medida en que tiende a presentarse como una auténtica ‘ordalía’ en torno a los derechos sociales, pero que debe ser aceptado con el único propósito de consolidar lo mejor que la teoría jurídica y política ha pasado en el pasado y todavía pasa en favor de estos derechos. Esto se hace tanto más necesario si se quiere meter mano a una teoría jurídica capaz de atribuir a la jurisdicción un papel de garante de los derechos sociales ya no solo pasivo –limitado a sancionar a un legislador irracional–, sino activo y plenamente adecuado a este último.

No hay duda de que, de esta manera, su papel se incrementará, pero como la introducción de los derechos sociales ha enriquecido y no ha distorsionado para nada la historia del constitucionalismo moderno, este paso adelante de la jurisdicción no la llevará más allá de los límites marcados por el Estado constitucional de derecho y, es más, podrá incluso representar un punto a favor en su diálogo con el mundo angloamericano en el que –vale la pena recordarlo– los derechos sociales no tienen la misma relevancia constitucional. El objetivo, por lo tanto, es simple: se trata de poner remedio al ‘estrabismo’ mencionado anteriormente y equiparar la tutela jurisdiccional de los derechos civiles y los derechos sociales, trabajando para que las garantías constitucionales de los segundos ya no sean solo ‘políticas’, sino –como en los primeros– también ‘jurídicas’. Por otra parte, si la rigidez constitucional tiene como objetivo polémico la figura del legislador, si la “esfera de lo no decidible”<sup>18</sup> también incluye los derechos sociales, sería un contrasentido si su defensor fuera la misma persona de la que guardarse: ¿no sería inconstitucional permitir que una mayoría simple modificara la constitución aboliendo algunas de sus partes sin protección alguna al respecto?<sup>19</sup>

<sup>17</sup> N. BOBBIO, “Presente e avvenire dei diritti dell’uomo” en *Id.*, *L’età dei diritti*, Einaudi, Turín, 1990, pp. 17-44.

<sup>18</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I*, cit., pp. 819-824.

<sup>19</sup> Para Alexy, de hecho, es justamente esta la “idea-guía” para discutir de la tutela jurisdiccional de todos los “derechos a acciones positivas del Estado” (derechos sociales inclui-

II. Tradicionalmente existen dos argumentos principales en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales frente al legislador<sup>20</sup>.

El primero se refiere a su *contenido* y se basa en la elevada indeterminación de las disposiciones constitucionales que los contemplan. Casi siempre, de hecho, aquellas no indican con precisión el *standard* que debería asegurarse individualmente y, aún menos, entran en los detalles de los medios que deberían desplegarse para su garantía. Se argumenta, por lo tanto, que el legislador goza de una considerable discreción a la hora de aplicarlos y, en el caso de que no interviniera, el individuo en sí no podría ser considerado titular de un derecho subjetivo pleno a una cierta prestación, sino solo de un interés no ejecutable ante un juez.

Como se sabe, este es un viejo argumento que, bajo un perfil típicamente teórico, apela a la tesis de la estrecha correlatividad entre el derecho y la obligación. Según uno de sus defensores más autorizados, Hans Kelsen<sup>21</sup>, cualquier derecho subjetivo puede reducirse a la obligación del sujeto a quien el derecho subjetivo va dirigido y, en el caso de que esta obligación sea violada, a la garantía (jurisdiccional) que el ordenamiento jurídico predispone para esta eventualidad. En el caso de los derechos sociales declarados en las constituciones, falta a menudo la indicación precisa tanto del sujeto obligado como de la prestación a cumplir y, por tanto, esos derechos son inexistentes o, como mucho, “derechos sobre el papel”<sup>22</sup>.

Entonces, no hay duda de que esta concepción<sup>23</sup> de la correlatividad entre derechos y obligaciones (y garantías) ha desempeñado históricamente, y en cierto modo sigue haciéndolo, una función desmitificadora, que aún hoy

---

dos): “Los derechos fundamentales son situaciones tan importantes que su concesión o no concesión no puede confiarse a un simple mayoría parlamentaria” (R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 476).

<sup>20</sup> Para un mapa exhaustivo de los argumentos en contra de la justiciabilidad de los derechos, cfr. T. CASADEI, *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Firenze University Press, Florencia, 2012, además de F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Argomenti per una teoria dei diritti sociali” en *Id.*, *Rivendicando i diritti sociali*, trad. de P. Chiarella, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, pp. 5-28.

<sup>21</sup> Cfr., entre otros, H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. de M. G. Losano, Einaudi, Turín, 1990, pp. 148-168.

<sup>22</sup> R. GUASTINI, “Diritti”, cit., p. 170.

<sup>23</sup> Que obviamente no es la única, siendo la conocidísima –sobre todo en el ámbito angloamericano– de Hohfeld (cfr. W. N. HOHFELD, *Concetti giuridici fondamentali*, trad. de A. Pichierri y M. G. Losano, Einaudi, Turín, 1969). Según Celano (B. CELANO, “I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz”, cit., pp. 50-55), la concepción

sirve para señalar el uso demasiado informal y ‘barato’ del lenguaje de los derechos. Al mismo tiempo, sin embargo, debe entenderse correctamente, si no se quiere hacer un uso igual de informal y ‘barato’.

En primer lugar, esta tesis puede entenderse también en sentido conceptual –no hay derecho subjetivo sin obligación, así como no hay madre sin una mujer que haya concebido y parido–, pero esta supondría realmente un impedimento a la justiciabilidad de cualquier derecho (no solo, por tanto, de los derechos sociales) solo si siguiera la imposibilidad *abstracta* de determinar una obligación en el caso en que sea previsto solo el derecho. Sin embargo, no solo es sabido que los derechos subjetivos, sobre todo desde la edad moderna en adelante, con frecuencia son primero proclamados y después detallados por la regulación posterior; sino sobre todo, si la correlatividad debiera implicar esa imposibilidad, esta debería entonces servir incluso para el legislador, que no podría legislar, como es obvio, sobre lo que no existe.

La consustancialidad de derecho y obligación, entonces, debería ser interpretada en sentido empírico: en el caso de que un cierto ordenamiento jurídico sancione un derecho pero no establezca cómo debe ser garantizado y quién lo debe garantizar, se debe concluir inevitablemente por la inexistencia jurídica de ese derecho en ese cierto ordenamiento jurídico. Es una tesis ciertamente plausible, pero no nos dice nada sobre la justiciabilidad de un derecho subjetivo: se puede admitir que sin determinación de la obligación un derecho no existe; el problema de la justiciabilidad es saber, en cambio, si este es *determinable por parte del juez o no*.

He aquí por qué el vínculo entre los derechos y las obligaciones es relevante a efectos del debate en cuestión solo si se admite como una tesis teórico-interpretativa: no se pueden aplicar en concreto disposiciones extremadamente indeterminadas y los derechos proclamados por las cartas constitucionales, desde el momento en que sin la mediación legislativa son formulados de manera vaga, no existen o, en el mejor de los casos, existen, pero no son ejecutables ante un juez. Se trata de una versión bastante conocida de la tesis en cuestión, de ascendencia liberal, no exclusiva del ambiente académico, sino practicada también en el ámbito institucional. Por ejemplo, durante los trabajos preparatorios de la Constitución italiana, hubo quien consideraba que “la Costituzione è una legge, e come tale deve avere determinati caratteri, comuni ad ogni norma giuridica; deve, cioè, contenere

---

hohfeldiana es, sin embargo, más bien recesiva con referencia a la llegada de los derechos sociales.

non affermazioni generiche, ma norme precise di condotta e stabilire mezzi pratici per il raggiungimento di certi scopi, nonché le sanzioni che saranno applicate a chi non osserverà quelle precise norme di condotta. [...] Si avrà, ad esempio, il ricorso alla Suprema Corte Costituzionale, dato al cittadino a tutela del suo diritto individuale. Ma come sarà possibile comprendere in questo rimedio i cosiddetti diritti sociali, cioè il diritto al riposo, alla casa, all'assicurazione ecc.? Se uno di questi diritti a cui non corrisponde un obbligo, rimarrà insoddisfatto, quale potrà essere il rimedio pratico per assicurarne la soddisfazione?"<sup>24</sup>

Sin embargo, es un argumento que puede considerarse superado. En primer lugar, ya hubo quien en aquella misma sede institucional contestó que "la Costituzione, sia per la natura degli organi cui si dirige, sia per la relativa genericità e la elasticità delle sue statuizioni, derivanti dalla funzione che essa ha di presiedere alla vita dello Stato per lunghi periodi di tempo, è destinata a contenere piuttosto principî direttivi che non norme direttamente ed immediatamente azionabili. In ogni caso, per potere distinguere, come vorrebbe l'onorevole Calamandrei, le norme dai principî, bisognerebbe possedere un criterio distintivo, che invece manca. In realtà quelli che si chiamano principî sono anche essi normativi, se non altro perché vincolano quanti debbono applicare le leggi, sia nell'attività interpretativa, che in quella di completamento delle lacune"<sup>25</sup>. Y, de hecho, si de verdad la indeterminación representara un obstáculo a la definición judicial de la obligación correlativa a un derecho subjetivo, debería negárseles a los jueces el poder de detallar disposiciones muy indeterminadas, aunque muy empleadas en las salas judiciales (por ejemplo, corrección y buena fe en el derecho civil). Por otra parte, se debe tener presente que, por lo que respecta a la teoría jurídica, desde los años sesenta Hart señalaba que "aun para los *standards* muy generales habrá ejemplos claros no discutibles de casos que los satisfacen o que no los

<sup>24</sup> Se trata de la intervención del conocido estudioso del derecho procesal civil Piero Calamandrei, en el curso de las sesiones dedicadas a las "Direttive di massima per la redazione del progetto di costituzione" (cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, SEGRETARIATO GENERALE, *La Costituzione repubblicana nei lavori preparatori della Assemblée Costituente*, 8 vols., Roma, 1971, vol. 6, pp. 45 y 53).

<sup>25</sup> La réplica provenía del igualmente conocido constitucionalista Costantino Mortati (cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, SEGRETARIATO GENERALE, *La Costituzione repubblicana nei lavori preparatori della Assemblée Costituente*, cit., p. 72).

satisfacen”<sup>26</sup>. Por lo tanto, la indeterminación, también considerable, del lenguaje normativo no impide en absoluto identificar casos en los que la disposición que decreta un derecho social sea sin duda violada por la ley. Este conjunto de razones explica por qué la teoría jurídica contemporánea, en la medida en que presta atención a los derechos sociales, subraya justamente que el problema de su justiciabilidad no tiene tanto que ver con su contenido y, por tanto, ha puesto en tela de juicio la tesis de la estrecha correlatividad entre derechos y obligaciones, rechazándola por completo<sup>27</sup> o considerándola indiferente para la distinción entre derechos civiles y derechos sociales<sup>28</sup>.

En realidad, incluso más que en la reflexión teórica, es en los hechos donde la tesis de la correlatividad entre derechos y obligaciones como obstáculo a la justiciabilidad de los derechos sociales ha sido superada. Es comprensible que en los primeros periodos de vigencia de las cartas constitucionales que sancionan los derechos sociales, las jurisprudencias nacionales aún estuvieran vinculadas a concepciones iusteóricas como las ejemplificadas por Calamandrei<sup>29</sup>, pero ya están lejos los años en los que se rechazaban preguntas judiciales basadas única y exclusivamente en las normas constitucionales que contemplan los derechos sociales porque carecían de fundamento jurídico; ya existe una jurisprudencia constitucional más bien consolidada que, aunque con encuadramientos conceptuales diversos, ha reconocido la plena aplicación judicial de los derechos sociales a falta de una intervención legislativa que defina con precisión el contenido y los límites de ejercicio<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. de M. A. Cattaneo, Einaudi, Turín, 1991, p. 154. Citado según versión castellana de Abeledo Perrot, Buenos Aires 1963, traducción de Genaro G. Carrió, p. 164.

<sup>27</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I*, cit., pp. 439-444, 651, 684-690 y 914-918.

<sup>28</sup> Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 538, 544-545.

<sup>29</sup> Como sucede, de hecho, en Italia, en los ocho años que transcurrieron entre la entrada en vigor de la Constitución, en 1948, y el establecimiento del Tribunal Constitucional, en 1956, durante los que los jueces comunes (cfr. la bien conocida sentencia del 7 de febrero de 1948 de las salas de lo penal del Tribunal de Casación) hicieron una distinción interpretativa entre normas constitucionales denominadas preceptivas –de aplicación inmediata en cualquier proceso– y normas constitucionales denominadas programáticas –como, por ejemplo, las relativas a los derechos sociales–, dirigidas solo al legislador y que para nada se podían invocar en un juicio. La distinción fue rechazada, después, por el propio Tribunal Constitucional con la primera histórica sentencia (núm. 1 de 1956).

<sup>30</sup> Cfr. C. COURTIS (ed.), *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, cit., pp. 23-64, para leerse junto a C. VALENTINI, “Il futuro dei diritti sociali. Tra garanzie essenziali e garanzie ragionevoli”, *Jura Gentium*, núm. 9, 2012, pp. 1-41.

Se revela, entonces, que la tesis de la correlatividad entre derecho y obligación no permite a los jueces garantizar los derechos sociales si se entiende como una tesis no sobre el contenido de estos derechos, sino sobre la competencia jurídico-política de los jueces para reemplazar a un legislador indiferente a la justicia social –lo que integra el segundo argumento en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales, relativo a los medios para poderlos poner en práctica.

Esto puede subdividirse en dos versiones que podremos denominar convencionalmente ‘material’ y ‘procedimental’. La primera consiste en mantener que, una vez admitido que es posible configurar un contenido preciso para los derechos sociales incluso a falta de una reglamentación legislativa, los jueces en ningún caso podrían adoptar decisión alguna en su favor porque esta equivaldría a una decisión presupuestaria, que recae en cambio sobre los órganos ‘políticos’ y, en primer lugar, sobre el parlamento.

Incluso en este caso nos encontramos ante un razonamiento de sabor ‘antiguo’ en el que resuena la famosa declaración de Alexander Hamilton, según la cual “el poder judicial [...] no puede influir ni sobre la ‘espada’ ni sobre la ‘bolsa’”<sup>31</sup>. También en este caso, sin embargo, es ya un razonamiento para legarlo a la historia. En primer lugar, una objeción de este tipo termina logrando una concepción paternalista de las relaciones entre poderes públicos e individuos: estos últimos no serían ciudadanos autónomos, provistos de derechos subjetivos plenos de los que alardear frente al Estado, sino sujetos dependientes de este último, que en ocasiones pueden considerarse titulares de aquellos derechos, ‘graciosamente’ concedidos por quien dispone de los ‘cordones’ de la ‘bolsa’ –y, como afirmaba Kant, un ordenamiento “en el que los súbditos, como hijos menores de edad que no pueden distinguir lo que es útil o dañino, son obligados a comportarse pasivamente, para esperar que el jefe de Estado juzgue la manera en que deben ser felices y esperar su bondad, es el peor despotismo que se pueda imaginar”<sup>32</sup>. De poco sirve replicar que, bien visto, el *Welfare State*, por cómo ha sido llevado a cabo en Europa a partir de la Segunda Guerra Mundial, tiene una decidida connotación paternalista<sup>33</sup>, porque el punto de partida de este texto –como se ha

<sup>31</sup> A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *Il federalista* (1788), Giappichelli, Turín, 1997, p. 391.

<sup>32</sup> I. KANT, “Sopra il detto comune: ‘Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica’” en *Id.*, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, trad. de G. Solari y G. Vidari, Utet, 3ª ed., Turín, 1995, p. 255.

<sup>33</sup> Cfr., entre otros, A. RAPINI, *Lo Stato sociale*, Archetipo libri, Bologna, 2010.

puesto en evidencia anteriormente– consiste en el fracaso de esta concepción: un fracaso evidente en la proclamada dejadez estructural del ‘padre’ (léase: legislador) con respecto a los propios ‘hijos’. Además, bajo un perfil estrictamente iusteórico, se hace notar que, si las prerrogativas parlamentarias en materia de dinero público fueran intangibles, sería necesario admitir con coherencia que los principios constitucionales no son recíprocamente ponderables, sino que están subordinados a un único principio fundamental que debe ser considerado como absoluto –la competencia financiera del parlamento– ante el que estos siempre deben sucumbir<sup>34</sup>. Pero –en paralelo a todo lo que se ha señalado anteriormente–, es en los hechos donde esta tesis ya no tiene ningún valor: ante los tribunales constitucionales, un argumento de este tipo ya no tiene una importancia decisiva; como mucho, puede ser reformulada como una invitación para que sus componentes presten atención a las recaídas financieras de una decisión a favor de los derechos sociales, pero es un hecho que las jurisprudencias constitucionales, aunque con cierta cautela, han ‘sancionado’ a menudo al legislador ordinario con sentencias que han comportado cargas sobre las finanzas públicas, en algunos casos, incluso bastante sustanciales<sup>35</sup>.

La otra versión, la definida como ‘procedimental’, del argumento analizado apela, en cambio, al principio de separación de poderes. Se puede admitir que, aun sin determinación legislativa, un juez pueda especificar el contenido normativo de un derecho social; se admite que su decisión pueda incluso suponer un desembolso por parte del Estado, pero los derechos sociales son derechos con una prestación *positiva* que el Estado debe proporcionar a toda la colectividad y se puede alcanzar – y este el núcleo de la tesis– hasta el punto de permitir que el juez sustituya al legislador en la organización general de esta prestación, si no es al precio de distorsionar por completo el encuadramiento constitucional.

Entre los obstáculos interpuestos a una plena justiciabilidad de los derechos sociales no hay duda de este último es el más complicado. De hecho, no se encuentra en un terreno puramente jurídico-positivo, sino tiene una naturaleza teórica: aun si fuera imaginable un constituyente bien dispuesto a aumentar las garantías jurisdiccionales de los derechos sociales, una opción

<sup>34</sup> Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 543-544.

<sup>35</sup> Cfr. C. COURTIS (ed.), *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, cit., pp. 49-52 y 86-88, además de, con respecto a Italia, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 2012, pp. 405-408.

de este tipo llevaría más allá de la idea no solo del Estado constitucional de derecho, sino también de la modernidad jurídico-política. Es significativo, de hecho, que sobre este aspecto la teoría jurídica, también la más sensible a los temas de la justicia social, resulte bastante elusiva<sup>36</sup>, por no decir también contraria a una sustitución integral del legislador por parte del juez<sup>37</sup>. Pero son sobre todo los tribunales constitucionales los que no van en esta dirección. Incluso cuando echan mano de sentencias que tienen repercusiones sobre las finanzas del Estado, el supuesto sigue siendo la preexistencia de una intervención legislativa que, además, debe incidir directamente –y no en general– en la esfera jurídica individual de los titulares de los derechos sociales: queda excluido por completo que se pueda poner remedio a una omisión total por parte del legislador<sup>38</sup>, así como a ‘recortes’ presupuestarios que comprimen un derecho social limitándose a reducir los recursos públicos destinados a su garantía<sup>39</sup>. Lo que el principio de la separación de poderes toleraría como mucho es solo la *moral suasion*: una advertencia dirigida al legislador para que tome medidas y elimine esta inconstitucionalidad, pero sin ningún otro instrumento para pasar de la advertencia a los hechos.

En efecto, como este principio es bastante polisémico, es innegable que sus diferentes concepciones tienen un común denominador en la identidad jurídico-política de la jurisdicción. No hay que olvidar entonces que su nacimiento puede remontarse a la aparición en la historia del pensamiento

<sup>36</sup> Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 543-545, que manteniendo que “si un derecho existe, este es también justiciable”, no entra en detalles sobre la posibilidad de ejecutar en concreto los derechos sociales, limitándose a afirmar que un derecho social es justiciable “si (1) la exige muy urgente el principio de libertad fáctica y (2) el principio de la división de poderes y el de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamentaria del parlamento) al igual que (3) principios materiales opuestos (...) son afectados en una medida relativamente reducida” (texto según la versión castellana del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002, traducción de Ernesto Garzón Valdés, p. 495).

<sup>37</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. II. Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 95 y 401-402, y mucho más explícitamente, *Id.*, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 55, 2010, p. 2793.

<sup>38</sup> Por la razón elemental por la que los tribunales constitucionales, en general, juzgan acciones (leyes o actos con fuerza de ley) y no omisiones del legislador.

<sup>39</sup> Por otra parte, cuando también en abstracto se supusiera un control judicial de estos ‘recortes’ denunciando las desigualdades en el gasto público, igualmente el juicio exigido al juez sería considerablemente discrecional, ya que estos deben entrar en el mérito de la distribución entre capítulos *no homogéneos* del presupuesto (por ejemplo, fuerzas armadas y sanidad, justicia y educación, etc.).



jurídico-político del *principio de igualdad*, es decir, de la idea de que el orden jurídico debiera tratar a los individuos de manera uniforme, rechazando todas esas jerarquías y desigualdades que eran consideradas completamente naturales a la sensibilidad jurídico-política medieval. De ahí no solo la idea de que la ‘gestión’ de este nuevo orden jurídico no pudiera tener lugar si no es de forma general y abstracta, sino sobre todo la consecuencia en virtud de la cual los jueces no debieran obstaculizar el proyecto de equiparación jurídica llevada a cabo por la ley<sup>40</sup>. A partir de este momento la jurisdicción se caracteriza por ser una función excluida del ‘gobierno’ –entendido en sentido amplio– del territorio y sobre todo puesta en el plano de la particularidad y la concreción. Esta naturaleza se manifiesta no solo a través del principio fundamental de la demanda que connota la jurisdicción, sino también a través del nivel en el que se pone su acción: un nivel que, si *desde un punto de vista formal* no ha impedido reconocer algunas veces una eficacia *ultra partes* a las decisiones judiciales, ha representado siempre, sin embargo, un obstáculo en el *plano sustancial* con una incidencia *erga omnes* de las mismas, con el propósito de evitar ponerse a la misma altura del legislador. Es comprensible, por tanto, que un juez no pueda permitirse evaluar las políticas presupuestarias deliberadas por el máximo órgano representativo, es decir, dictar –directa o indirectamente– la normativa necesaria para la aplicación de los derechos sociales.

Sin embargo, no son pocas las críticas que pueden plantearse a este argumento.

En primer lugar, demuestra poco. Si se sitúa en una perspectiva histórico-conceptual, es necesario recordar que ha representado desde siempre la clásica objeción a *cualquier* hipótesis de justiciabilidad frente al legislador; sin embargo, ello no ha obstaculizado el establecimiento de tribunales constitucionales que, siendo especiales, no son percibidos para nada –al menos actualmente– como un *vulnus* al concepto de jurisdicción moderna<sup>41</sup>. Dicho de otro modo, invocar el principio de la separación de poderes en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales expone a una alternativa tajante: o significa abrazar concepciones de los poderes públicos ya obsoletas, que se remontan a los años en que los parlamentos eran considerados completamente incuestionables, u obliga al menos a especificar este principio y a

<sup>40</sup> Me permito remitir a G. BISOGNI, “Profilo storico-concettuale della giurisdizione moderna”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 16, 2011, pp. 35-62.

<sup>41</sup> Cfr., para todos, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Turín, 1992, pp. 74-84.

demostrar por qué no plantea ningún problema cuando se trata de hacer justiciables los ‘tradicionales’ derechos civiles.

Justificar esta distinción, sin embargo –y en segundo lugar–, termina por no prestar un buen servicio a la causa de los derechos sociales, porque –quizá un poco paradójicamente– obliga a negar ese ‘estrabismo’ que, como hemos señalado con anterioridad, representa una de las causas de debilidad de estos derechos respecto a los derechos civiles. Sería falso afirmar que la organización de los poderes públicos esbozada por las principales constituciones continentales de la segunda posguerra es incoherente con respecto a los derechos y principios de la justicia social allí expresados: si estos derechos y principios son garantizados solo en parte por la jurisdicción y solo previa intervención legislativa, se debe, en cambio, a un fenómeno completamente ‘fisiológico’, impedir que el reconocimiento de los derechos sociales se dirija hasta el punto de hacer mella en la ‘esencia’ de esa organización que tiene en el tendencial apoliticismo del juez una de sus marcas distintivas<sup>42</sup>.

De aquí surge, sin embargo, un conjunto de consecuencias, tanto histórico-conceptuales como teóricas, que suscitan no pocas dudas.

De tal manera, inconscientemente o no se acredita una concepción del constitucionalismo moderno y contemporáneo en la que los poderes, al contrario que los derechos, poseen una fisonomía conceptual más compacta, menos sensible a los cambios históricos y, en concreto, a aquellos que han producido las diferentes ‘estaciones’ de la ciudadanía jurídica moderna. Se trata de una concepción que se ha conocido ampliamente en la cultura de los juristas tanto antes como después de la segunda guerra mundial, pero que ya puede considerarse fuera del tiempo, porque en origen no carecía de matices autoritarios considerables: una concepción que ve(ía) en los derechos en general un *posterius* respecto a ese *prius* que es el Estado, –casi parafraseando a Otto Mayer<sup>43</sup>– “los derechos pasan, los poderes quedan”<sup>44</sup>. En esta concepción el ‘lugar’ de los derechos sociales no existe –una especie de cuerpo extraño respecto a una tradición que los había ignorado voluntariamen-

---

<sup>42</sup> Clásica en ese sentido es la bien conocida posición de Carl Schmitt sobre los derechos sociales: cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, trad. de A. Caracciolo, Giuffrè, Milán, 1982, pp. 212-243.

<sup>43</sup> Cfr. O. MAYER, *Deutsche Verwaltungsrecht*, Band I, Duncker & Humblot, 3ª ed., Berlín, 1924, p. II. La frase originaria de Mayer es: “Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht bestehet”.

<sup>44</sup> Sobre esta idea, cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 130-139.

te<sup>45</sup> – o existe, aunque es esencialmente diferente y de rango inferior respecto a aquel que es propio de los derechos civiles<sup>46</sup>.

Y en verdad, se interpretan a la luz de su origen histórico como un producto institucional que deriva de la presión ejercida por algunos grupos sociales, deseosos de una mayor redistribución de la riqueza. De ello se desprende la imposibilidad de reconocer estos derechos como pertenecientes a todos los hombres sin distinción, lo que generaría un doble riesgo: los derechos sociales no solo, no siendo universales, no serían propiamente ‘fundamentales’ como los derechos civiles<sup>47</sup>, sino que además tendrían una naturaleza ‘piadosa’ –ya que están vinculados a determinados sectores de población (los más desfavorecidos económicamente)– y reiterarían una lógica de la solidaridad propia del siglo XIX, exponiéndolos –aunque de manera inversa– a la bien conocida crítica que Marx dirigía a los derechos sancionados en la *Déclaration* de 1789 como ‘falsos universales’<sup>48</sup>. Por supuesto, huelga decir que un problema de justiciabilidad por lo que respecta al legislador tiene poco sentido: como son derechos reservados esencialmente al grupo en lugar de al individuo, la intervención legislativa solo puede ser necesariamente colectiva y, por tanto, enteramente no subrogable por parte del juez.

Es decir, en el mejor de los casos, la titularidad de los derechos sociales también adopta una clave universalista, pero fuertemente publicística. Estos derechos solo se dan en la medida en que sean el Estado y, de manera particular, el legislador los que les den forma: una especie de *Reflexrechte* de memoria gerberiana, que no solo no existen antes que el Estado, sino que, requiriendo una intervención positiva de este último para ponerlos en práctica, se

<sup>45</sup> Se refiere, por supuesto, a la Constitución francesa de 1793 que, como es sabido, nunca entró en vigor. Para un análisis histórico-conceptual de los derechos sociales, cfr. T. CASADEI, *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, cit., pp. 1-25 y 32-36.

<sup>46</sup> De aquí también una doctrina de los derechos sociales muy poco desarrollada respecto a la de los derechos civiles: “Lo Stato sociale (...), non avendo alle spalle modelli teorico-giuridici quali quelli che sono stati alla base dello Stato liberale, si è sviluppato senza nessun disegno garantista, attraverso un’accumulazione di leggi, apparati e prassi politico-amministrative” (L. FERRAJOLI, “Dai diritti del cittadino ai diritti della persona” en D. ZOLO (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, p. 280).

<sup>47</sup> Como recuerda G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, *Derecho y libertades*, núm. 3, 1998, p. 31.

<sup>48</sup> Cfr. K. MARX, *La questione ebraica: per la critica della filosofia del diritto di Hegel*, trad. de R. Panzieri, Editori Riuniti, 6ª ed., Roma, 2000. Por cuestiones de espacio no se puede profundizar aquí en la cuestión conceptual de la universalidad o no de los derechos sociales: cfr., por último, S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

consideran más como signos de pertenencia a la colectividad que como posiciones jurídicas estrictamente individuales<sup>49</sup>. Ya de por sí, desde un punto de vista como este, el control jurisdiccional sobre los derechos sociales que hoy se considera admisible adquiere una fuerte connotación política<sup>50</sup>, pero obviamente queda excluido por completo cuanto pretende llenar el ‘vacío’ de tutela objeto de este texto, ya que equivaldría a arrastrar al juez a la política.

En definitiva, afirmar que los derechos sociales no son plenamente justiciables debido a la separación de poderes significa quedar anclados en la tesis que los ve *in essentia* ajenos a la esfera individual y, por tanto, no susceptibles de una tutela jurisdiccional comparable a la reservada a los derechos civiles.

Desde este punto de vista, intentar plantear el alcance de esta tutela mediante instrumentos como, por ejemplo, una parte del presupuesto constitucionalmente vinculado a los derechos sociales, es decir, cualquier forma de responsabilidad política del ejecutivo o del legislativo por falta de actuación o lesión de los mismos<sup>51</sup> no permite recorrer mucho camino, porque sigue implicando una visión a fin de cuentas holística de los derechos sociales. Estas propuestas, además de ser de escasa viabilidad práctica –debido a un ‘clima’ actual para nada favorable al Estado social–, no solo terminan por alimentar aún más la duda de una indebida comprensión de la separación de poderes, sino sobre todo tienden a perder la dimensión individual de los derechos sociales y corren el riesgo de no garantizar plenamente el bien-de-la-vida objeto de estos derechos<sup>52</sup>. En otras palabras, siguen atrapados en la óptica tradicional que hace de los derechos sociales, como derechos a prestaciones colectivas garantizados por el Estado, exigencias de alto contenido

---

<sup>49</sup> Es un ejemplo la interpretación de Smend de los derechos sociales expresados en la Constitución de Weimar (cfr. R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, trad. de F. Fiore y J. Luther, Giuffrè, Milán, 1988, pp. 241-248).

<sup>50</sup> Como demuestran la precaución y la parsimonia con las que los tribunales constitucionales llegan a decisiones que tienen gravámenes sobre las finanzas del Estado.

<sup>51</sup> Un partidario de estas propuestas es, por ejemplo, Ferrajoli: cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. II, cit.*, p. 402.

<sup>52</sup> Recuérdese, de hecho, que ya Kelsen había sugerido –limitándose a los derechos fundamentales ‘negativos’– la posibilidad de someter a sanción política (por ejemplo, remoción, inelegibilidad, etc.) al jefe del Estado y a los miembros del gobierno que hubiesen aprobado leyes ordinarias en detrimento de esos derechos, añadiendo, sin embargo, que “el poder jurídico para iniciar el proceso conducente a la imposición de esas sanciones, por regla general no está reservado a los individuos afectados por la ley inconstitucional” (H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto, cit.*, p. 167) texto citado de la versión castellana editada en Porrúa, México, 1998, traducción de Roberto J. Vernengo, p. 156.

‘político’ que, si bien garantizadas en todos los aspectos por los jueces, logran una forma de ‘justicia política’, donde “la política no tiene nada que ganar y la justicia, todo que perder”<sup>53</sup>.

Esta es la razón por la que las raíces de una tutela jurisdiccional plena de los derechos sociales solo podrían ahondar sólidamente en el mismo terreno de particularidad y concreción en el que radica la legitimación de la jurisdicción moderna. En resumen, es necesario dar la vuelta a este punto de vista: no son los jueces los que, al garantizar estos derechos, deben penetrar en el ámbito teórico de competencia del legislador, sino –todo lo contrario– son los derechos sociales los que han de ser analizados en términos individuales y, por tanto, utilizados por parte de la jurisdicción. La piedra angular se encuentra, entonces, en demostrar que esos derechos, *a pesar de no estar garantizados por el Estado de forma colectiva*, representan auténticas posiciones jurídicas correspondientes a cada titular y son plenamente tutelables en el plano particular y concreto.

III. En la actualidad, por tanto, la distancia entre los derechos civiles y los derechos sociales se ha reducido considerablemente, pero aún sigue siendo significativa, desde el punto de vista su garantía jurisdiccional, en relación con su respectiva *estructura*.

En general, de hecho, se afirma<sup>54</sup> que las obligaciones del Estado correspondientes a los derechos sociales consisten en prestaciones que no solo tienen como objeto un *facere*, sino que sobre todo –dada la tendencial generalidad y vaguedad de las cartas constitucionales– son *plurisubjetivas* e *indivisibles*. De manera más precisa, son prestaciones que están dirigidas a un conjunto bastante amplio e indistinto de individuos y que deben ser proporcionadas de manera unitaria a ese conjunto, dejando, pues, que sea el legislador en su autonomía quien disuelva esta ‘indistinción’, quien decida en qué escala dimensional organizarlas y, eventualmente, también quien las distribuya entre sus titulares. Por lo tanto, incluso si llegase a reconocer *en abstracto* la titularidad individual de un derecho social, en cualquier caso con la obligación correspondiente, debido a la indivisibilidad, debería ser asumi-

<sup>53</sup> Se trata de la conocidísima afirmación que Schmitt toma de Guizot: cfr. C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, trad. de A. Caracciolo, Giuffrè, Milán, 1981, p. 60.

<sup>54</sup> Véase una exposición ejemplar en E.W. BÖCKENFÖRDE, “I diritti sociali fondamentali nella struttura della costituzione” en *Id.*, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, trad. de O. Brino, Giuffrè, Milán, 2006, pp. 189-207.

da por el legislador *erga omnes*: un juez que quisiera sancionar *en concreto* el incumplimiento o el mal desempeño no podría hacer otra cosa que llevar a cabo un acto igualmente *erga omnes*, teniéndose que sustituir al legislador en la interpretación de esa plurisubjetividad e indivisibilidad<sup>55</sup>.

Todo lo contrario de lo que ocurre en el caso de los derechos civiles. Así, en el caso de que una ley limite inconstitucionalmente un derecho civil, esa violación se resolvería, en última instancia, en un acto particular y concreto; por tanto, la anulación jurisdiccional de este acto, junto con su presupuesto –es decir, la ley inconstitucional–, no privaría al juez de su calidad de órgano de la aplicación del derecho (constitucional) para casos concretos<sup>56</sup>.

Se trata de un constructo conceptual bien conocido que puede considerarse en función de sus *technicalities*, como patrimonio común de la cultura sobre los derechos fundamentales. Pero se trata, al mismo tiempo, de una diferencia que no tiene nada de ‘natural’ (en cualquier sentido del término) y que es el fruto de una *interpretación doctrinal* –que deriva de la concepción criticada en el apartado anterior–: una distinción, entonces, que recae en el derecho positivo vigente y que, por tanto, puede ser rechazada a la luz de una consideración diferente de los derechos sociales.

Así, la indivisibilidad y la plurisubjetividad de la prestación del Estado no significan en absoluto que el derecho no pueda tener y no tenga una naturaleza individual y que, por tanto, su satisfacción solo pueda producirse en un plano general y abstracto.

A una conclusión de este tipo debería llegarse solo si los derechos sociales tuvieran que ser *necesariamente* ejercidos de forma colectiva, es decir, que no fuera posible disfrutar individualmente del bien-de-la-vida objeto de estos derechos si al mismo tiempo no lo disfrutaban otros titulares. Este es el caso de esos bienes que en las ciencias económicas se definen absolutamente

---

<sup>55</sup> En otras palabras, los derechos sociales, aun siendo individuales, se degradarían a meros intereses, irrelevantes en un tribunal, debido a la falta de una figura institucional que actúe como punto de referencia *colectivo* de la pluralidad de los titulares. Requieren, por lo tanto, para su existencia jurídica, una mediación de naturaleza *representativa*, que obviamente no puede ser ofrecida por los jueces y debería corresponder, de hecho, a las “clásicas” figuras de la mediación que son los partidos políticos, no por casualidad actualmente ausentes por lo que respecta a los derechos sociales.

<sup>56</sup> Lo que se deriva también de la diferencia estructural entre derechos negativos y derechos positivos, en virtud de la cual, mientras los primeros prohíben *todos* los actos que los violan, los segundos, en cambio, no requieren –al menos como regla– ni *un solo* medio para su aplicación: cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 491-500.

‘no rivales’, de los cuales es imposible un consumo individual si contemporáneamente no los consumen también otros sujetos (por ejemplo, la luz o el aire); esto no vale, sin embargo, par los derechos sociales, que en abstracto también pueden configurarse como derechos negativos de libertad y, por tanto, pueden ser disfrutados por parte y de manera completamente exclusiva. Desde el punto de vista iusteórico nada impide hacer de los derechos colectivos derechos positivos, como ha sido demostrado históricamente por los regímenes en los que, como es sabido, la propiedad privada estaba fuertemente limitada –lo que confirma, si todavía fuera necesario, el carácter ideológico de la denominada pre-estatualidad de los derechos civiles (solos). Como nada impide construir los derechos sociales en términos negativos, es decir, como derechos contra la injerencia del legislador en las elecciones, por ejemplo, en materia de sanidad –como se deduce de manera muy evidente del reciente debate estadounidense sobre el denominado *Obamacare*, donde algunos sectores políticos conservadores han contrapuesto justamente esta concepción del derecho a la salud. Que estos derechos tienen que ser garantizados de manera unitaria y en un plano más o menos general y abstracto, se debe, entonces, no a características intrínsecas de esto derechos, sino a razones que tienen que ver no solo por razones obvias de economicidad, sino sobre todo por la razón elemental por la que “en cualquier grupo grande el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conductas y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separada a cada individuo”<sup>57</sup>. Si a esto se añade también el principio fundamental de igualdad –específico de la modernidad jurídico-política–, se entiende por qué la ley no pueda más que garantizar los derechos social por igual a todos sus titulares y mediante actos más o menos generales y abstractos.

Dicho en otras palabras, la indivisibilidad de la prestación social que el Estado debe proporcionar *no tiene relación* con el contenido del derecho social. A fin de cuentas, toda decisión legislativa sobre los derechos fundamentales puede decirse que es colectiva, independientemente de la naturaleza civil o social del derecho objeto de esta decisión: si esta característica se evidencia con más claridad en relación con los derechos sociales, solo se debe a la circunstancia –totalmente contingente– en virtud de la cual el bien garantizado por estos derechos no existe ‘en la naturaleza’, sino que debe ser asegurado

<sup>57</sup> H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 146, texto según cita de la versión castellana de Abeledo Perrot, cit., p. 155.

por el Estado. Por otra parte, también es sabido cómo los derechos civiles requieren obligaciones positivas a cargo del Estado. A menudo se olvida por qué son prestaciones que el Estado también pone al servicio de otros derechos fundamentales e, incluso, aparte de estos –por su propia supervivencia–, pero no hay duda de que, si el Estado no se comprometiera a organizar un aparato de *law enforcement*, incluso el más clásico de los derechos civiles –la propiedad– se convertiría en indistinguible por un derecho social como exigencia a una prestación positiva por parte del Estado<sup>58</sup>.

Por lo tanto, *desde el punto de vista de su titular* no se aprecia una diferencia cualitativa entre derechos civiles y derechos sociales. Ambos atribuyen una exigencia que no solo es individual, sino sobre todo es *jurídicamente indiferente* respecto a las modalidades con las que el Estado cumple con sus obligaciones; y para ambas categorías de derechos, la violación de estas obligaciones legitima la petición, por parte del individuo, de un remedio particular y concreto, al alcance de la jurisdicción. De hecho, hay que tener presente que la violación de los derechos sociales, desde un punto de vista económico, equivale a descargar sobre el individuo los costes necesarios para poder conseguir aquello que el Estado no ha garantizado y estos mismos costes pueden ofrecer una medida fiable del sacrificio sufrido por esta violación: una ‘individualización’ monetaria que no sería en absoluto posible en el momento en que el derecho social poseyera una naturaleza intrínsecamente colectiva<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Lo que siempre se ha sabido, pero que –por supuesto, afortunadamente– parece ser ahora indiscutible a partir del conocido ensayo de Sunstein y Holmes: cfr. C. SUNSTEIN, S. HOLMES, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, trad. de E. Caglieri, Il Mulino, Bolonia, 2000.

<sup>59</sup> Por otra parte, debe tenerse presente que en otras áreas del derecho (por ejemplo, en el derecho civil) el carácter indivisible de una prestación a favor de más de una persona no obliga en modo alguno a una titularidad colectiva del derecho afín, y admite tranquilamente su tutela individual. Si, de hecho, la prestación no se cumple con respecto a uno de los titulares del derecho, no será posible el resarcimiento del daño de una forma específica, debido a la indivisibilidad, pero aún queda la posibilidad de que *un* titular insatisfecho pida para sí la compensación por equivalente.

Esto demuestra, una vez más, la naturaleza dogmática y no teórica de la tesis criticada en el texto y esta última por tanto, parece aproximarse a esas concepciones encaminadas a defender lo incuestionable de las elecciones legislativas –en nombre de su representación (presuntamente) exclusiva del interés público– en contra de las cuales arremetió con vehemencia Hans Kelsen al proponer su idea de la jurisdicción constitucional (véase sobre todo H. KELSEN, “Chi dev’essere il custode della costituzione?” en *Id.*, *La giustizia costituzionale*, trad. de C. Geraci, Giuffrè, Milán, 1981, pp. 229-291).



En conclusión, habría llegado el momento de rechazar la idea según la cual la garantía jurisdiccional de *todos* los derechos fundamentales sancionados por las constituciones pase por el cuello de botella representado por la alternativa tajante entre una ‘legislación negativa’ –coherente con el principio de la separación de poderes– y una ‘legislación positiva’ –completamente incompatible con este principio.<sup>60</sup> Y, de hecho, como se ha señalado con anterioridad la figura del ‘legislador negativo’ ya no se puede considerar tan actual; pero, sobre todo, la estructura de los derechos sociales no pide para nada que el juez se convierta en un ‘legislador’ positivo, pero invita a introducir *de iure condendo* instrumentos procesales adecuados a la plena naturaleza jurídica individual de los derechos sociales.

Quizá, entonces, sería necesario comenzar justo donde el padre putativo del juicio sobre las leyes en el continente europeo, Hans Kelsen, se había detenido. Para Kelsen, los derechos fundamentales no podían considerarse como ‘derechos subjetivos en sentido técnico’<sup>61</sup>, ya que no consentirían “hacer valer, mediante una acción judicial, el hecho del incumplimiento en su respecto de la obligación jurídica pendiente”<sup>62</sup>. Y bien, no solo este deber es ahora configurable dentro del legislador, pero –como posible consecuencia que deriva de su incumplimiento o de su mal desempeño– pueden suponerse garantías que sepan dar cuenta de la dimensión individual –por cómo se ha reconstruido anteriormente– de los derechos sociales, sobre todo en términos de efectividad de la tutela jurisdiccional, pero al mismo tiempo no obliguen al juez a transformarse en un legislador ‘positivo’ y, es más, dejen siempre y en cada momento a las instituciones políticas en sentido estricto la prioridad a la hora de garantizar la justicia social.

Una figura jurídica que, con las cautelas oportunas, podría equilibrar de modo satisfactorio estas exigencias contrapuestas a la de las *astreintes*.

Como es sabido, estas son originarias del derecho francés, tanto civil como administrativo, y representan un medio de *coerción*, pero *indirecto*, de una sentencia de condena –típicamente: de una obligación no fungible– hacia el deudor y la administración pública, respectivamente. En virtud de esta

---

<sup>60</sup> La garantía jurisdiccional de la constitución como forma de ‘legislación negativa’ aparece, como es sabido, con Kelsen: cfr. H. Kelsen, “La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)” en *Id.*, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 172-173.

<sup>61</sup> Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 157-160.

<sup>62</sup> H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 167 citado por la versión castellana, Porrúa, cit. p. 156.

caracterización, las *astreintes* tienen una posición *sui generis*, a mitad camino entre el concepto de pena y el de resarcimiento del daño; aun pudiendo ser cuantificadas en función del daño probado o previsible, no constituyen una anticipación del resarcimiento del daño; al mismo tiempo, no es apropiado calificarlas como penas en sentido estricto, porque, a parte de otras cosas, al contrario de cualquier pena pecuniaria, deben ir dirigidas al acreedor y no al Estado. A esto debe añadirse, entonces, que si se dictan contra la administración pública, parece un poco excesivo hablar de ‘pena’ a cargo de un organismo público y, además, a favor de un particular.

Ahora bien, esta naturaleza híbrida las convierte en particularmente idóneas para tutelar los derechos fundamentales –como derechos sociales– los cuales, justo porque requieren una prestación positiva considerable por parte del Estado, no pueden ser garantizados directamente por el juez, ni siquiera indirectamente a través de una pena o un resarcimiento del daño.

Así, puesto que el juez no puede sustituir al legislador a la hora de proporcionar los derechos sociales, de poco serviría reconocerle al primero el poder de ‘constituir en mora’ al segundo (por ejemplo, mediante sentencias monitorias, acompañadas o no de un plazo para su cumplimiento): es una solución que ya se ha experimentado en algunos ordenamientos jurídicos<sup>63</sup> que, sin embargo, debido a que puede tener un impacto beneficioso en el debate público, está abocada a carecer de consecuencias prácticas en el caso de que no supongan los medios jurídicos para superar la inercia del legislador<sup>64</sup>. Se podría proponer también –como hemos señalado con anterioridad– una pena ‘política’ (por ejemplo, extinción de la carga; censura, etc.), pero como es sabido, por regla general, no es fácil hacer valer la responsabilidad política de los miembros del Gobierno y, sin embargo, aunque se lograra, el propio individuo no obtendría nada en la propia esfera jurídica<sup>65</sup>. En defini-

<sup>63</sup> Por ejemplo, en la constitución portuguesa (art. 283) y en la brasileña (art. 103, § 2).

<sup>64</sup> Como justamente afirma Ferrajoli (cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. II, cit.*, p. 98). Puede recordarse, de hecho, que previsiones de este tipo, no alcanzan ni siquiera el *status* kelseniano de los derechos fundamentales –de por sí, ya bastante prudente– según las cuales estos no serían más que el derecho “di cooperare alla produzione della norma con cui si annulla la legge incostituzionale e lesiva dell’eguaglianza e delle libertà garantite” (H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto, cit.*, p. 168), porque en ese caso, teniendo presente la naturaleza declarativa de la decisión, no se podría hablar propiamente de “producción” de una norma.

<sup>65</sup> Que la mejor tutela de los derechos individuales no tenga naturaleza política –es decir, que no sea conveniente dejarla solo al legislador–, sino naturaleza jurisdiccional, no es una conciencia reciente, y deriva de la llegada de la democracia de masas, pero representa

tiva, también el resarcimiento del daño es de difícil aplicación práctica y teóricamente incongruente: sería necesario determinar de manera permanente un daño que, en cambio –en el caso de los derechos sociales negados por el legislador– persiste hasta cuando este último no se remedia; y sobre todo admitir que el resarcimiento del daño significaría acceder a una concepción meramente *privatista* de los derechos sociales, que es aún menos apropiada cuanto más se recuerda que la fuente de legitimación de los derechos sociales –en cuanto derechos hacia el Estado– no es contractual, sino auténticamente constitucional.

Las *astreintes* dirigidas al legislador, en cambio, en primer lugar, no serían simples requerimientos, sino medidas plenamente ejecutivas, que sin embargo no influirían en el funcionamiento del órgano llamado a responder, ni desde el punto de vista subjetivo –sobre las personas que componen el órgano–, ni desde el objetivo –sobre la validez jurídica de sus actos y su libertad de acción. En segundo lugar, tendrían una eficacia limitada al caso concreto y no requerirían liquidar de una vez por todas el perjuicio sufrido por el titular, pero podrían basarse fácilmente en los costes que este está obligado a asumir *diariamente* para asumir el derecho social. Configuradas de esta manera, estarían en condiciones de constituir un estímulo contra el legislador –mucho más eficaz si esta acción judicial es presentada por otros individuos que se encuentran en las mismas condiciones– y al mismo tiempo podrían eliminar los efectos de una injusticia social cometida por el legislador al menos hasta cuando este no intervenga positivamente.

Desde este punto de vista, incluso se podría discutir si los jueces naturales de este ‘estímulo’ debieran ser necesariamente los tribunales constitucionales. No hay duda de que, desde que ha recalado en Europa continental

---

un ‘caballo de batalla’ del liberalismo jurídico de finales del siglo XIX y, en concreto, de la noción de *Rechtsstaat* que puede considerarse quizá el ‘código genético’ de cualquier forma de control jurisdiccional sobre los poderes públicos. Véanse, por ejemplo, las siguientes observaciones de uno de los más importantes juristas del derecho público italiano –Vittorio Emanuele Orlando–, que van dirigidas a demostrar la insuficiencia de las garantías políticas de los derechos subjetivos por lo que se refiere a la administración pública y a defender las instituciones de los tribunales administrativos oportunos: “E dato pure che il cittadino sia così fortunato o così influente che un deputato pigli a cuore il suo caso, e ne muova interrogazioni o interpellanze, se è mai visto un Ministero cadere per un argomento simile? E se pure il caso nuovissimo avesse a verificarsi, potrebbe ritenersi certamente che la violazione del diritto individuale non sarebbe che il pretesto di cui si servirebbe una Camera per congedare un Ministro di cui fosse stanca, ma non ne sarebbe mai il vero motivo determinante” (V. E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarantee della libertà*, Ute, Turín, 1890, p. 974).

la idea de someter el legislativo a control jurisdiccional, este casi nunca ha adoptado una forma ‘difusa’, es decir, confiado a cada juez. También es cierto, sin embargo, que si este control ha sido reservado a instituciones judiciales especiales y diferentes de la jurisdicción común, se debe también a la conciencia de la amplia discrecionalidad política inherente a esta función y, por esto, al intento de introducir un “privilegio del legislador”<sup>66</sup> que tenga institucionalmente en cuenta los intereses de los que se hace portador. Por tanto, atribuir a los tribunales constitucionales la competencia de decidir sobre las *astreintes* contra el legislador podría exponer al riesgo de subordinar la tutela de los derechos sociales a una valoración *latu sensu* política, que termina por estropear esa concepción individualista de los derechos sociales que está en la base de la propuesta aquí planteada. Por lo demás, las *astreintes*, en cuanto medios de coerción indirecta, esto es, no subrogatorios de la acción legislativa, no se resuelven en un ‘clásico’ control de validez de las leyes y, por tanto, no requerirían penetrar en la discrecionalidad política de los parlamentos, cuya defensa constituye la *ratio* de las jurisdicciones constitucionales. Porque ese es el valor de optar por una medida como la que aquí se sugiere: no obligaría al juez a transformarse en un *policy maker*; dejaría al legislador la decisión sobre cuándo y cómo aplicar *en general* los derechos sociales; podría aplicar los parámetros, en un caso concreto, de la lesión legislativa de los derechos sociales, evitando valoraciones genéricas –y por ello generales– *ex ante* de la misma y alejando además las habituales preocupaciones sobre los efectos financieros de la decisión tomada... Pero al mismo tiempo, tendría la ventaja de ejercer una presión enérgica sobre los poderes públicos que los haría más sensibles a la justicia social.

GIOVANNI BISOGNI  
Dipartimento di Scienze Giuridiche  
Scuola di Giurisprudenza  
Università di Salerno  
via Giovanni Paolo II, 132  
84084 - Fisciano (Sa).  
e-mail: gbisogni@unisa.it

---

<sup>66</sup> Como notoriamente se calificó a sí mismo el *Bundesverfassungsgericht* alemán en 1951 (BVerfGE, I, 1951).